



*C2D – Centre for Research on Direct Democracy
ZDA - Zentrum für Demokratie Aarau
University of Zurich*

C2D Working Paper Series

**L'institution de la
constituante: traits
caractéristiques, naissance et
développement**

Andreas AUER

Auer, Andreas

**L'institution de la constituante: traits caractéristiques, naissance
et développement**

**C2D Working Paper Series
37/2011**

C2D - Centre for Research on Direct Democracy

Auer, Andreas

L'institution de la constituante: traits caractéristiques, naissance et développement

C2D Working Paper Series
37/2011

C2D – Centre for Research on Direct Democracy
ISSN 1662-8152

<http://www.c2d.ch>

ANDREAS AUER

Andreas Auer est professeur de droit public à l'Université de Zürich. Depuis 1993, il est également directeur du Centre de recherche et de documentation sur la démocratie directe (c2d) de l'Université de Genève, maintenant associé à l'Université de Zürich. Il a obtenu son doctorat à l'Université de Neuchâtel, en Suisse.

Table des matières

Introduction.....	1
I Les traits caractéristiques	1
II La naissance.....	3
III Le développement	5
Conclusion.....	8
Bibliographie sommaire.....	8

Introduction

Que le canton de Genève se soit doté d'une assemblée constituante en cette fin de la première décennie du 21^e siècle peut à première vue surprendre. L'institution dégage en effet une douce odeur de passé qui n'a plus vraiment la côte. En même temps, le fait d'avoir opté pour cette voie classique de refondation d'une constitution est parfaitement compréhensible. Huit autres cantons l'ont fait ces dernières années, avec des résultats appréciables et, à Genève même, le procédé est connu depuis la naissance de notre République.

A l'heure où les constituants se mettent au travail, il peut être utile de rappeler brièvement quelques éléments qui caractérisent l'essence, l'histoire et le développement de l'institution à laquelle ils sont en train de donner une nouvelle vie. Quelles sont ses particularités ? Comment et où est-elle née ? Pourquoi a-t-elle réussi à se maintenir, à se répandre jusqu'à nos contrées ? Bref tour d'horizon.

I Les traits caractéristiques

Les assemblées constituantes sont des parents pauvres de la recherche scientifique. A l'exception notable de la Convention de Philadelphie de 1787 et, dans une bien moindre mesure, de la Convention européenne de 2002/2003, elles sont généralement considérées comme des organes politiques ad hoc, d'une importance passagère, qui ne méritent guère d'être analysés dans une perspective de droit public ou de science politique et qui, cantonnés à un contexte historique et géographique spécifique et limité, ne se prêtent pas à une comparaison scientifique sensée.

Et pourtant, peu d'institutions présentent un intérêt aussi central pour des politologues ou des juristes. Conçues et réunies pour résoudre une crise politique, institutionnelle ou sociale au moyen d'une nouvelle constitution, les assemblées constituantes sont des corps uniques en droit et en politique. Elles se situent aux confins du passé et du futur. Elles sont « extralégales » dans la mesure où elles sont réunies pour casser et surpasser la légalité précédente. Elles sont « supralégales » en ce qu'elles établissent les fondements de la législation future. Elles sont « infralégales » parce qu'elles ont besoin d'une base normative pour se constituer et fonctionner. Elles sont appelées à fonder un nouveau contrat social, à initier une nouvelle chaîne de légalité, à dessiner de nouvelles institutions, à légitimer un nouveau régime. Elles mettent en route un nouveau tissu de normes qui ne s'appliquera pas à elles. Elles agissent et s'agitent uniquement pour disparaître. Elles définissent les règles d'un jeu qu'elles

ne joueront jamais. Pourtant, leur volonté et leurs intentions vont servir de guides, pour des décennies ou plus, à tous ceux qui seront chargés d'interpréter les règles constitutionnelles et les concepts qu'elles ont formulés.

La raison d'être des constituantes est – chacun le sait – d'écrire une nouvelle constitution. Les « premières constitutions », afin d'acquérir la légitimité qui leur est indispensable pour être tant soit peu suivies et obéies, émanent souvent d'assemblées constituantes. Mais un autre trait les caractérise tout autant : les constituantes sont certes les auteurs de constitutions, mais elles n'ont pas le pouvoir de les adopter, et encore moins de les mettre en vigueur. Afin que leur produit puisse devenir loi, il faut une décision positive d'un autre organe – le peuple, le parlement, le roi ou autre. Dans leur omnipotence – y a-t-il pouvoir plus grand qu'écrire une constitution ? – les constituantes sont des organes impuissants. En d'autres termes, elles ne jouissent pas du « pouvoir constituant », mais du simple pouvoir – tout de même appréciable – de définir le contenu des règles que le « pouvoir constituant » pourra, s'il le veut bien, ratifier et mettre en vigueur. Il y a, en d'autres termes, une dépendance mutuelle entre la constituante et le constituant.

L'institution de la constituante est étroitement liée à la démocratie directe. Ce lien s'établit sur trois plans.

En premier lieu, les assemblées constituantes sont, dans bien des cas, les enfants de la démocratie directe. Leur élection est souvent précédée d'une consultation populaire sur l'opportunité de réviser la constitution, nous dirions, d'une votation de principe. De la Nouvelle Angleterre à la fin du 18^e à l'Amérique latine au 21^e, en passant par la France et les cantons suisses au 19^e et 20^e, ce lien entre constituante et référendum est bien établi.

Ensuite et surtout, les constituantes sont des mécanismes de démocratie directe per se. Non seulement lorsque, comme c'est souvent le cas, elles sont élues directement par le peuple. Même lorsqu'elles sont désignées par un autre organe étatique, les conventions constitutionnelles dégagent une odeur de démocratie directe provenant sans doute de la légitimité qualifiée dont elles jouissent par rapport à tous les autres organes de l'Etat. Que la responsabilité pour rédiger une nouvelle constitution soit arrachée aux organes constitués confère à la constituante une position qui, d'une certaine manière, ressemble à celle dont jouit le peuple en démocratie directe : assumer le pouvoir normatif suprême.

Enfin, les constituantes sont souvent des berceaux de la démocratie directe. Non seulement elles rédigent des constitutions, non seulement elles tendent à favoriser des institutions démocratiques, elles donnent parfois naissance à la démocratie directe ou la renforcent de façon déterminante.

II La naissance

Pas de doute sur ce point : la constituante est un pur produit du continent nordaméricain, à l'époque où il s'appelait encore La Nouvelle Angleterre. S'étant affranchies économiquement de la Métropole, les anciens colons entendaient le faire aussi politiquement, ce qui supposait une révolution institutionnelle. Celle-ci fut de taille. Dans un seul et même mouvement, les enfants des Puritains donnèrent naissance au constitutionnalisme, promis à un grand avenir, en inventant rien de moins que la constitution écrite, le référendum constitutionnel et – l'assemblée constituante.

Tout débuta au Massachusetts. Entre février et juin 1778, le peuple réuni en townships rejeta massivement la « constitution du gouvernement » élaboré par le parlement nouvellement élu. L'idée prévalut que la constitution ne devait pas être l'oeuvre du législateur ordinaire, de peur qu'il ne puisse la modifier par de simples lois, mais d'une assemblée spécialement élue à cette fin : l'assemblée constituante. Suite à cet échec cinglant, les autorités consultèrent les freemen sur l'opportunité de l'élection d'une telle assemblée. La réponse fut positive et ainsi, les habitants étaient appelés à élire des délégués qui devaient se réunir en septembre à Cambridge, élaborer une constitution, la soumettre au peuple et la proclamer si une majorité de eux tiers des électeurs l'approuvait.

En mars 1780, la constituante avait achevé ses travaux sous la direction de John Adams, et qui allait devenir le deuxième Président des Etats-Unis, et la Constitution, qui plus tard servit de modèle à la Constitution fédérale de 1787, fut soumise au peuple. Celui-ci ne fut d'ailleurs pas réduit à l'approuver ou à la rejeter, mais avait le droit de proposer des modifications, dont il semble avoir usé si généreusement que la détermination du résultat du scrutin s'avérait très difficile. Toujours est-il que la constituante, après avoir passé en revue chacun des articles pour déterminer si le peuple l'avait accepté, constata que tel était bien le cas et proclama la Constitution, qui était la première à avoir été ratifiée par référendum populaire et qui est la plus ancienne constitution en vigueur aujourd'hui.

L'expérience pionnière du Massachusetts se répéta parallèlement au New Hampshire et, un peu plus tard, au Connecticut, dans le Maine et à New York. L'adoption de ses premières constitutions passait par trois étapes caractéristiques, chacune d'elles impliquant la participation du peuple : une votation de principe sur l'opportunité de convoquer une assemblée constituante, suivie en cas de réponse positive de l'élection de celle-ci et enfin un référendum sur la constitution. La première phase prive le parlement du droit de déclencher le processus, la deuxième lui arrache la prérogative d'élaborer la loi fondamentale, et les deux n'ont de sens que si la constitution ainsi élaborée est soumise au peuple pour approbation. De telle sorte qu'il s'avère que la constituante a été dès l'origine un enfant de la méfiance à l'égard des autorités constituées.

Notons en passant que le processus qui conduisit à l'adoption de la Constitution fédérale de 1787 était tout différent : les membres de la Convention de Philadelphie n'étaient pas élus par le peuple mais nommés par les gouvernements de douze Etats ; ils n'avaient point pour tâche de rédiger une Constitution mais se l'étaient appropriée eux-mêmes ; quant à la Constitution elle devait être ratifiée par les Etats et non par le corps électoral fédéral, qui n'existait pas. Il n'en reste pas moins que l'institution de la constituante est bien présente : d'une part, la ratification de la Constitution devait être effectuée par des assemblées constituantes dans neuf Etats (art. VII) et, d'autre part, la procédure de révision de cette Constitution ouvre la possibilité de la convocation d'une constituante fédérale pour élaborer les modifications de la Constitution et celle de constituantes étatiques pour les ratifier (art. V).

Le lendemain, l'idée de la constituante a été reprise au coeur de la France secouée par la Révolution. Elle apparut en force le 20 juin 1789 avec le « serment du jeu de paume » où le Tiers Etat, ainsi que quelques membres de la noblesse et du clergé, s'engagèrent solennellement à ne pas se séparer avant d'avoir donné une constitution écrite à la France. Révolution ou coup d'Etat, toujours est-il que le 9 juillet, les trois ordres se réunirent et se donnèrent le nom d'Assemblée nationale constituante.

Ses quelque 1200 députés siégeaient quotidiennement pendant plus de deux ans, d'abord à Versailles, puis au Manège des Tuileries. Ici aussi, les députés n'étaient pas élus mais désignés par leurs corps respectifs. Peu à peu, l'Assemblée se divisait selon des clivages politiques entre les monarchiens (Mounier), le parti constitutionnel (Sieyès, Bailly) et radicaux (Barnave, Robespierre). Dominée par la personnalité de Mirabeau (1749-1791) et animée par les clubs (Jacobins bourgeois et Cordeliers extrémistes), elle tentait de réformer non pas le pays, mais le monde, en adoptant, entre autres, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et en votant, en septembre 1791, la première Constitution libérale que le roi accepta aussitôt. Il n'y eut pas (encore) de vote populaire, le peuple étant exclu des décisions politiques prises par les élites autoproclamées.

L'institution prit racine, mais évolua dans un autre sens. La Convention nationale, élue en 1792 pour rédiger une nouvelle constitution, oublia – la guerre aidant – cette noble tâche pour se consacrer à l'exercice, pendant trois ans, du pouvoir exécutif du pays. Ce n'est qu'en août 1795 qu'elle présenta un projet de Constitution pour le soumettre au peuple, qui l'approuva le mois suivant à une écrasante majorité. Auparavant, soit en juin 1793, le peuple avait déjà approuvé la Constitution montagnarde, qui ne fut cependant jamais mise en vigueur.

Il s'avère donc que la constituante est une institution issue des révolutions bourgeoises de la fin du 18^e siècle. Elle a enfanté le phénomène de la constitution écrite et jeté ainsi les bases de la distinction essentielle entre

la constitution et la loi, entre le constituant et le parlement, les premiers étant supérieurs aux seconds.

III Le développement

On retrouve la constituante lors de la prochaine secousse politique qui secoua l'Europe : la Régénération. Dans le sillage des Trois Glorieuses, l'institution gagna notamment la Belgique où, peu de temps après la révolution, le Congrès national, élu au suffrage censitaire et capacitaire, était chargé d'élaborer une constitution, tâche qu'il accomplit en quelque trois mois seulement en votant, le 7 février 1831, la Constitution de Belgique, dont les fondements sont toujours en vigueur.

La Suisse ne fut par épargnée : à fin 1830, pas moins de neuf cantons éalisaient des constituantes pour se donner des constitutions libérales, et ceci en rupture ouverte avec les normes constitutionnelles en vigueur. Les régimes de la Restauration avaient perdu toute légitimité. C'est à cette époque que le référendum constituant, soit le vote populaire sur l'adoption d'une nouvelle constitution, fut fermement implanté en Suisse.

Les années quarante marquent le début d'une nouvelle vague de constituantes, en Suisse et ailleurs, élues par le peuple, souveraines, dotant les pays de constitutions démocratiques et libérales, débouchant sur un référendum constitutionnel respectivement un plébiscite. Ce qui se passa à Paris et à Francfort (Paulskirchenverfassung), en Prusse et ailleurs se produisit également en Suisse. Les Constitutions genevoises de 1842 et 1847, vaudoise de 1845, bernoise de 1846 et j'en passe furent l'oeuvre d'assemblées constituantes.

Quant à la Constitution fédérale du 12 septembre 1848, elle n'a pas été écrite par une constituante. La commission de la Diète qui fut chargée de réviser le Pacte fédéral de 1815 ne fut pas élue par le peuple, mais composée de représentants des cantons, désignés d'ailleurs non pas par ceux-ci mais par la Diète, ce qui permit de nommer des délégués libéraux des cantons qui venaient de perdre la guerre du Sonderbund. C'était donc ni une émanation du peuple, ni un comité d'experts, mais une commission de la Diète, composée d'hommes politiques représentant les vainqueurs. Certes, au cours des huit semaines de débats, le travail de la commission fut «constituant», en ce que c'est bel et bien un projet de constitution qui y fut élaboré. Mais le résultat de ce travail devait être approuvé par la Diète avant d'être envoyé aux cantons pour ratification, confirmant la dépendance de la commission de l'organe qui l'avait mandaté. D'ailleurs c'est bien parce que la Constitution n'avait pas été rédigée par une constituante que le délégué bernois à la Diète refusa de la ratifier.

Quoi qu'il en soit, l'institution de la constituante refait surface dans le sillage du mouvement démocratique, véritable révolution qui déferla sur la Suisse dans les années 1850/60. Soleure, Zurich, Bâle-Campagne, Schaffhouse, Argovie, Thurgovie et j'en passe, partout, des assemblées constituantes furent élues pour proposer au peuple des constitutions consacrant, notamment, les institutions de démocratie directe qui sont encore en vigueur aujourd'hui.

La Révolution russe était à l'origine de deux expériences, fort inégales, de constituantes. L'Assemblée constituante russe fut formée par les bolchéviques après leur prise de pouvoir afin de doter le pays d'une constitution. Après seulement 13 heures de délibérations, les 5 et 6 janvier 1918, elle fut dissoute purement et simplement par les mêmes bolchéviques, qui n'en avaient plus besoin : la Constitution du 10 juillet 1918 fut l'oeuvre du seul parti.

Plus réussie était l'expérience de l'Assemblée nationale constituante allemande, qui fut élue en janvier 1919 afin de doter le Reich d'une nouvelle constitution. Pour échapper à l'agitation révolutionnaire à Berlin, elle siégea dans un premier temps à Weimar dont le nom fut accolé aussi à la Constitution – la première constitution démocratique de l'Allemagne – qu'elle adopta elle-même le 31 juillet 1919. Son oeuvre n'avait donc pas besoin de ratification populaire ou parlementaire, la Constitution fut promulguée par le Président et resta formellement en vigueur après l'accession de Hitler au pouvoir.

Les prochaines étapes de développement du phénomène de la constituante sont prévisibles :

Il y eut d'abord la fin de la Deuxième Guerre. En France, la naissance de la quatrième République suivit le modèle républicain désormais bien connu. Une consultation populaire sur le principe de la constituante, l'élection de celle-ci et un référendum constituant en fin de procédure. Sauf que les deux premières étapes ont été fondues en une seule (Voulez-vous que l'assemblée élue ce jour soit constituante ?) et qu'il a fallu deux constituantes et deux référendums pour doter la France d'une nouvelle loi fondamentale.

En Allemagne, la Convention constitutionnelle dite de Chiemsee était un comité institué par les Ministres-Présidents des Länder pour élaborer un projet de constitution à l'intention du Conseil parlementaire. Ce dernier, composé de 70 déléguées des parlements des 11 Länder de la zone d'occupation occidentale, finit par adopter la Grundgesetz en date du 8 mai 1949. Celle-ci n'est donc pas l'oeuvre d'une constituante.

Curieusement, le processus de décolonisation des années 50 et 60 du siècle dernier semble avoir pu très largement se passer du phénomène des constituantes.

Suite à l'effondrement de l'Union soviétique, celles-ci ont en revanche poussé très fort dans les collectivités concernées (Russie, Croatie, Géorgie, Arménie, Estonie, Slovaquie, Pologne, Azerbaïdjan).

Au même moment, le phénomène a déferlé sur le continent africain (Afrique du Sud, Nigeria, Namibie, Angola, Bénin, Burundi, Tchad, Uganda, Mali, Niger, Congo-Brazzaville, Gabon).

Particulièrement intéressante était l'expérience de la constituante de l'Afrique du Sud, à qui l'on doit largement le caractère pacifique du changement de régime. Après la libération de Nelson Mandela et l'abrogation de la législation de l'Apartheid en 1990, le processus de transformation constitutionnelle fut déclenché en 1993 par l'adoption d'une constitution intérimaire fixant 34 principes constitutionnels impératifs pour le futur régime. Le parlement nouvellement élu assumait la fonction d'une assemblée constituante, chargée de produire une constitution dans le délai de deux ans et de la soumettre à la Cour constitutionnelle pour vérifier si les 34 principes étaient respectés. Il a fallu deux passages devant le juge pour que cette conformité fût établie, permettant au Président Mandela de promulguer la Constitution en date du 4 février 1997.

Enfin, la résurrection récente de l'institution de la constituante en Amérique latine dans le cadre du mouvement de transition vers la démocratie mérite mention dans ce contexte. Les constituantes y ont non seulement pavé la route à Hugo Chavez au Venezuela, à Rafael Correa en Ecuador et à Evo Morales en Bolivie pour accéder au pouvoir et cimenter leur régime, notamment au moyen d'un développement spectaculaire des institutions de démocratie directe. Elles ont été convoquées aussi en Argentine, au Nicaragua et au Pérou, notamment.

L'Union européenne s'est également laissée prendre au jeu des constituantes, avec la Convention pour l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux dont s'est inspirée la Convention européenne qui a élaboré, en 2002/2003, le Traité constitutionnel enterré par les électeurs français et hollandais en mai/juin 2005.

Parmi les expériences constituantes qui sont en cours, on peut mentionner le Népal, avec la récente abolition de la monarchie, Chypre où l'idée d'une constituante fait son petit chemin à un moment où les discussions entre les deux communautés semblent à nouveau plus près de l'échec que de la réussite – et Genève où de grands espoirs reposent sur les épaules des constituants nouvellement élus.

Conclusion

Les constituantes sont régulièrement liées à des grands bouleversements politiques. A chaque révolution ou presque, son bouquet de constituantes. 1789, 1830, 1848, 1918, 1945, 1990 – les grandes dates de l’histoire politique moderne jalonnent l’apparition et le développement de cette institution charnière, qui reconstruit des nouveaux régimes sur les cendres des anciens. Mais elle peut servir aussi en des périodes plus calmes pour permettre, sans précipitation ni excitation, de repenser les fondements essentiels sur lesquels repose une communauté politique. Telle pourrait bien être la contribution fournie par le droit public cantonal de ses vingt dernières années à l’histoire des assemblées constituantes.

Bibliographie sommaire

ANDREAS AUER, Constitutional conventions, direct democracy and institutional change, Projet de recherche financé par le Fonds national suisse de la recherche scientifique (2007-2009)

ANDREAS AUER, Le référendum constitutionnel, in: Andreas AUER (éd.), Les origines de la démocratie directe en Suisse, Bâle 1996, 79-101

ANDREAS AUER, Le référendum et l'initiative aux Etats-Unis, Bâle/Paris 1989, 155 p.

ALFRED KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Vol. I Berne 1992, 320 p.